

# «ALTERNATIVAS A LA PENA EN EL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES. PANORAMA DE LA POLÍTICA CRIMINAL COMPARADA»\*

Jaime Couso Salas\*\*

## Nota Introductoria.



a política criminal para hacer frente a la delincuencia juvenil está siendo objeto de una creciente discusión en medios políticos y académicos.

En cualquier debate equilibrado sobre la materia se asiste al reconocimiento de que a los adolescentes que cometen delitos se les debe imponer sanciones distintas de las del Derecho Penal común, por razones de justicia y de utilidad social.

Desde el punto de vista de la justicia, normas internacionales sobre derechos humanos de las personas menores de dieciocho años reconocen el derecho a una respuesta que evite los daños en el desarrollo de los adolescentes y que minimice al máximo los perjuicios que el sistema penal provoca en la integración social de estas personas<sup>1</sup>.

Desde el punto de vista de la utilidad social, es ampliamente reconocido que la interven-

ción temprana del sistema penal sobre niños y adolescentes (aún cuando se la disfraza de "tutela" o "protección" de los menores), generalmente es un factor criminógeno y no uno preventivo. Es decir, de ella puede esperarse, en términos generales, un aumento y un agravamiento de la delincuencia, y no en cambio, una disminución de la misma.

Sin embargo, también parece estar fuera de discusión en el debate político-criminal contemporáneo, la necesidad de reaccionar de alguna forma frente a la delincuencia de los adolescentes, por lo menos frente a la más grave, por la cual adolescentes mayores de cierta edad deben responder de alguna forma.

En estas líneas me propongo ofrecer una perspectiva de las alternativas tenidas en cuenta para esta reacción, a partir de la legislación y el debate político criminal comparado, ofreciendo con ello un marco de referencia para la discusión sobre el papel de las penas y de las alternativas a la pena en el derecho penal juvenil.

---

\* Este artículo es un extracto, adaptado para los fines de esta publicación, del trabajo del mismo autor "Notas acerca del debate político-criminal sobre las finalidades de las medidas en la justicia (penal) de adolescentes en Alemania, España, Estados Unidos, Inglaterra y Chile" (ver en la bibliografía, al final de este artículo). En ese trabajo podrá encontrarse un desarrollo más detallado sobre las cuestiones expuestas aquí.

\*\* Jaime Couso S. es Abogado, Doctor en Derecho, Consultor de UNICEF

---

<sup>1</sup> Fundamentalmente, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada y promulgada por el Estado de Chile en 1990, constituyendo así la norma fundamental para toda política pública que afecte los derechos fundamentales de las personas menores de dieciocho años. Ver especialmente sus arts. 37 y 40.

Con todo, se trata de un marco de referencia que no está aislado ni parte de cero, sino que se ubica en el marco de la discusión del Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal, dado a conocer por el Ministerio de Justicia chileno en julio de 1998 (en adelante, “el Anteproyecto”).

Con ello, hay una serie de aspectos de la cuestión que se dan por resueltos: habrá un sistema de juzgamiento garantista de la responsabilidad de los adolescentes de entre catorce y dieciocho años, cuya consecuencia será la posibilidad jurídica de imposición de medidas (sanciones) diferentes (por de pronto, mucho menos violentas, cualitativa y/o cuantitativamente) de las penas aplicables a los adultos. ¿Cuáles medidas concretamente, con qué finalidades, y reguladas de acuerdo con qué principios?, es ya una discusión para la que este estudio pretende hacer un aporte, ofreciéndole parámetros conceptuales, ideas sobre qué hacen otras legislaciones con los adolescentes infractores, y cómo lo hacen; qué problemas se discuten y qué reformas se proponen en los países que han promulgado esas legislaciones.

Los países tenidos en cuenta son España, Alemania, Inglaterra, Estados Unidos y, por cierto, Chile. No se ofrece, en realidad, una revisión sistemática de la literatura sobre el tema en esos países, ni mucho menos, sino tan sólo de textos que dan cuenta de las líneas gruesas de ese debate.

En líneas generales, una primera constatación que emana de esa revisión es que en todos estos países se asiste a una revisión más

o menos profunda de las legislaciones que regulan la respuesta estatal a los hechos delictivos cometidos por niños y adolescentes.

El debate abarca una serie de cuestiones, alcanzando a la bases mismas del sistema, esto es, los objetivos que se propone el Estado y, en particular, la Administración de justicia juvenil, frente a los niños y adolescentes inculcados o condenados por la comisión de un delito.

Antes de abordar el debate sobre tales cuestiones, sin embargo, conviene recordar las características de la legislación vigente en Chile.

## **1. Propuestas de superación de la “ideología tutelar” a través de una justicia juvenil garantista y un sistema de protección configurado como oferta de ayuda.**

### **1.1 El sistema tutelar de menores como sistema penal encubierto.**

La legislación vigente en Chile, particularmente la Ley de Menores (N° 16.618), se inspira en una determinada visión acerca de la posición social y jurídica de los niños y del papel del Estado frente a los problemas de la infancia, que ha sido denominada críticamente como la “ideología tutelar”. No se trata, con todo, de una creación propia de quienes impulsaron la Ley de Menores en Chile, sino que constituye la expresión local de un movimiento social (el movimiento de los “salvadores del niño”, promotor de los tribunales de menores), con su propia doctrina político-jurídica, surgida a

fin del siglo pasado en Estados Unidos y algunos países europeos, y extendida desde entonces, con gran uniformidad en las propuestas, por numerosos países de Europa y prácticamente la totalidad de los de América Latina (cfr. Cillero, *pássim.*).

Según esta versión de las relaciones entre infancia y Estado, los niños, en general, son definidos por su incapacidad jurídica y su incompetencia social, y sometidos, en la esfera privada, al control de sus padres (originalmente, el padre), mientras que en la esfera pública, reservada para los niños que estuvieren “en situación irregular” (fuera del control de sus padres, abandonados o abusados por ellos, cometiendo conductas delictivas u otras conductas desviadas y, en general, los que estuvieren “en peligro material o moral”), quedan entregados al control estatal, por medio de la figura del Juez de Menores, quien dispone de poderes arbitrarios para adoptar “medidas de protección” dirigidas a: suplir la carencia o deficiencia de cuidado parental, a “corregir” a los niños que manifiesten conductas desviadas y a mantenerlos bajo control. La ley y la práctica del sistema de justicia acuña incluso un término especial, “menores”, que por medio del uso ha terminado por adquirir claras connotaciones clasistas, para referirse a aquellos niños que son objeto de preocupación (protección-represión-control) del sistema de justicia tutelar.

Las medidas expresadas por el artículo 29 de la Ley de Menores dan cuenta de este híbrido de protección-represión-control, del que la práctica ofrece testimonios aún más evidentes.

Las medidas aplicables son: devolver el menor a sus padres, previa amonestación; confiarlo a otra familia que se haga cargo de él; someterlo a libertad vigilada, y; confiarlo a un establecimiento especial de educación (que puede ser en régimen de internado). Con todo, junto a esas medidas, la facultad policial y judicial de internar a los menores en las Casas de Menores, para que en ellas se les observe y diagnostique mientras no se adopte una medida a su respecto, pasó a constituir (como la prisión preventiva en el proceso penal) un eje del sistema, que a menudo se extiende por períodos prolongados, especialmente cuando no se cuenta con medidas suficientes para la derivación o se considera que el menor es refractario a ellas. Finalmente, una adecuada descripción del cuadro de medidas aplicables quedaría incompleto si no se recordase que la Ley, desde sus inicios hasta nuestros días (aunque con límites bastante severos desde 1994), ha permitido que, en los lugares en que no haya Casas de Menores, el período de observación del niño (temporalmente indeterminado hasta hace apenas unos años) se desarrolle en establecimientos penitenciarios (en secciones relativamente separadas de los presos adultos). Este dato es significativo independientemente de la proporción relativa de niños que históricamente, en un proceso tutelar dirigido a su “protección”, han sido privados de libertad en una cárcel de adultos, pues permite desmitificar el sentido que las medidas de protección han tenido en el contexto de la Ley de Menores vigente. Muchas veces, aún cuando se cuente con centros especiales para menores,

bajo la idea de protección (incluyendo la etapa de "observación y diagnóstico"), el sistema de justicia de menores ha desarrollado una práctica auténticamente punitiva, pero descontrolada, sin límites garantistas, sin claridad sobre los casos que la hacen necesaria y los que no, y en una mezcla igualmente descontrolada (azarosa) con otras intervenciones auténticamente dirigidas a la ayuda, que muchas veces llegan tarde, como una compensación ya inoportuna e insuficiente del encarcelamiento y la represión, o del olvido y el abandono (con detalles, en la descripción crítica, Cillero/Eigenau, *pàssim*).

## **1.2 Cambios en la práctica administrativa a partir de los años 90'.**

En los últimos años, especialmente desde la ratificación en Chile de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, este esquema ha ido modificándose poco a poco, en algunos aspectos no despreciables, pero que no alteran la matriz básica del sistema de justicia de menores.

Así, actualmente asistimos a un principio de separación (técnica, mas no jurídica) entre el tipo de respuesta estatal frente a las infracciones a la ley penal y la acción estatal frente a situaciones en que los niños y adolescentes son víctimas de acciones u omisiones que afectan sus derechos o que los exponen a riesgos para su desarrollo e integridad.

En el caso de este segundo tipo de acción, el órgano administrativo encargado de implementar y dar cumplimiento a las medidas judiciales para menores, el Servicio Nacional

de Menores, ha enriquecido, a través de la acción de su red de colaboradores, el catálogo de medidas aplicables, desarrollando programas dirigidos a superar aquellas situaciones de las que son víctimas los niños, promoviendo, aunque tímidamente, la permanencia del niño en su familia de origen. Tímidamente porque, la generalidad de estos nuevos programas, si bien constituyen una alternativa real a la internación, de alguna manera tienen que contar con una familia con una cierta solidez, y no pueden hacer nada en cambio por las familias ya demasiado marginadas de las limitadas y selectivas redes sociales que dan un nivel mínimamente aceptable de acceso al empleo u otra fuente de ingreso, a la vivienda, salud, educación, participación comunitaria, etc. Las excepciones son escasas, y deben enfrentar los déficits de base en esas políticas a nivel comunitario. Con todo, una línea de desarrollo que podría tener proyecciones en la articulación y potenciación de redes comunitarias parece ser la experiencia de algunos de los nuevos COD ambulatorios impulsados en los últimos cinco años, que yendo más allá de su encargo legal relativo a la observación, diagnóstico y derivación, han comenzado a hacerse cargo directamente de gestionar para el niño y su familia el acceso a recursos comunitarios, comprometiéndose en el intento de resolver algunos de los problemas básicos que están en la base del conflicto evidenciado en el niño, aunque todavía enfrenten una serie de problemas, por la falta de una gestión pública coordinada a nivel central y local que potencie su rol.

En cuanto a las medidas aplicables a los adolescentes infractores de ley penal, en los últimos años se han diversificado, surgiendo algunas medidas no privativas de libertad que intentan hacerse cargo de los conflictos existenciales, familiares y sociales que normalmente presentan los adolescentes que llegan al sistema de justicia de menores acusados de cometer un delito. Sin embargo, ninguna regla de garantía jurídica (como la gravedad del delito)rige el acceso de los adolescentes a estas medidas o a las más punitivas, sino apenas ciertos procedimientos técnicos de clasificación de clientes para su derivación al programa, siempre mediatizados ciertamente por la disponibilidad o no de las medidas alternativas a la privación de libertad en la jurisdicción en que la causa se decide.

Además, estas nuevas medidas para infractores están sujetas a una serie de contradicciones, propias de los sistemas de responsabilidad penal juvenil que se proponen promover, a través de las sanciones, la superación de los conflictos personales y ambientales del adolescente, y que se ven acentuadas por la total ambigüedad del contexto normativo en que operan. Sobre la contradicción en general se tratará en la sección siguiente. En relación con la ambigüedad de estos programas basta recordar que operan en el contexto de una legislación que realiza un tratamiento jurídico indiferenciado de las conductas delictuales cometidas por adolescentes, de sus manifestaciones desviadas no delictuales y de las situaciones y conflictos de los que ellos son víctimas y que afectan su desarrollo, su

<sup>2</sup> Sobre ello, cfr. Couso 1999, segunda parte.

## 2. Objetivos político-criminales y político-jurídicos de la intervención estatal.

En relación con este tema, en el debate existente en los diversos países tenidos en cuenta puede constatarse que hay una cierta noción de que la labor del Estado no se puede agotar en la sanción de las conductas delictivas, sino que es necesario además (o ¿solamente?) hacerse cargo de los problemas socio-económicos, educativos, psicológicos y culturales de los adolescentes y sus familias, que están relacionados con la delincuencia y, en general, con la violencia infanto-juvenil.

De todo ello se intenta dar cuenta a través de la investigación empírica. Por ahora, volvamos al análisis del debate comparado sobre las cuestiones básicas de la política criminal y la política jurídica, en general, para la delincuencia infanto-juvenil.

Sin embargo, la gran diferencia de enfoque tiene que ver con la pretensión o no de que esas otras prestaciones estatales puedan desarrollarse adecuadamente en el propio seno del sistema de justicia juvenil. Algunos autores y políticos parecen confiar en que efectivamente

vamente puede esperarse eso de la intervención de la justicia juvenil. Otros, en cambio, admiten la necesidad de una acción estatal separada para ello, y algunos, incluso, de una cierta “retirada” de la acción de la justicia, en la mayor medida posible, para dejar paso a las mejores respuestas al problema, que no serían implementables desde la justicia.

### **3. La justicia juvenil maximalista.**

#### **3.1 Ideología tutelar y maximalismo judicial.**

La pretensión de que la justicia juvenil, con motivo de la sanción de un delito, asuma tareas de promoción social y/o de educación de sus clientes, parece tener conexión con la ideología tutelar, inspiradora de las legislaciones de menores tradicionales. Se mantiene el propósito de administrar de manera singularizada un remedio (un tratamiento) para la delincuencia, a través de la medida o sanción específica, escogida en atención a las peculiaridades de adolescente y de su ambiente familiar y social.

La diferencia se encuentra acaso en el ámbito de necesidades sociales consideradas. Tradicionalmente el derecho de menores más bien se conforma con la sustitución de las familias corruptas y la uniformación de prestaciones de bienes y servicios básicos, de normas morales y de conducta y del aprendizaje de un modo de adecuación conformista –subalterno– a la sociedad y el mercado laboral, por medio del régimen del internado, con sus rutinas colectivas, su tratamiento correccional y

su disciplina impersonal. Las versiones más modernas, en cambio, se suelen plantear críticas frente al internado (aunque no siempre), reconocen la necesidad de la vida familiar y las necesidades de una inserción social normalizada, y abandonan expresiones como “rehabilitación” y “tratamiento”, sustituyéndolas por conceptos más integradores (integración social, habilitación sico-social), e incluso emancipatorios, pero mantienen la expectativa de que frente al delito y la desviación infanto-juveniles se puede dar respuesta a esas necesidades a través de una medida judicial, flexible, adaptada a las características y necesidades del niño y su familia, que ataque las causas del delito, sin desdeñar además la importancia del efecto educativo de la medida judicial, con lo que se abren a la idea de una respuesta “responsabilizadora”, que “edúque al niño en la responsabilidad”. Con esas expectativas maximalistas legitiman, de paso, y a veces sin quererlo, la intervención de la justicia como algo a fin de cuentas “bueno para el niño”, que responde a sus necesidades y que además representa un principio de solución al problema del delito, ya que ataca sus causas. Como las medidas ambulatorias son ofrecidas por el sistema legal como una “oportunidad”, el fracaso de las mismas respecto de los “refractarios”, legítima a su vez, esta vez a pesar de sus sinceras intenciones despenalizadoras, el recurso a la privación de libertad para aquellos niños y adolescentes que deshecharon la oportunidad.

### 3.2. La justicia maximalista en el contexto comparado. Estados Unidos.

Esta postura parece ser más común (aunque no necesariamente mayoritaria) en los Estados Unidos, pues en varios de sus estados siguen existiendo legislaciones y sistemas jurisdiccionales basados en la tradicional “ideología tutelar”, si bien corregidos tras algunos fallos de la Corte Suprema (particularmente desde la década del 60) que exigen importantes garantías para los niños y adolescentes sujetos al poder de la justicia juvenil.

La ideología tutelar se expresa, en estos casos, ya en primer lugar, en el tratamiento jurídico y programático prácticamente indiferenciado (salvo por la exigencia de mayores garantías procesales para los casos de delito, y la aplicación exclusiva para delitos –en algunos estados– del confinamiento bajo medidas de seguridad) de las conductas auténticamente delictivas de niños y adolescentes y de los llamados “delitos en razón de su condición” (condición de niños, o “menores”) –“status offenses”–, que incluyen tanto desajustes conductuales no-delictivos (hacer “la cimarra” o escaparse del colegio, infringir “toques de queda”, consumo de alcohol o tabaco) como ciertos estados o condiciones indeseables (ser “indisciplinado”, estar “fuera del control parental”, ser “rebelde”, estar “en necesidad de supervisión”, etc.) (Gardner, 212 y ss.).

Pero más aún, el enfoque de la ideología tutelar se expresa porque en ambos casos la jurisdicción de menores norteamericana en numerosos estados basa su acción en la pretensión de ejercer el “patronato estatal” sobre

los niños –“*parens patriae*”–, es decir, el Estado, a través de la figura del juez, se constituye en una especie de “padre” del niño o adolescente, con la finalidad de decidir lo que corresponda al “interés superior del niño”, para orientarlo, corregirlo, rehabilitarlo y educarlo, pudiendo imponer las medidas respectivas por la fuerza, incluso aplicando internación con medidas de seguridad por “status offenses” (Gardner, 11-12, 199, 328). El ideal de la rehabilitación (promovido “en el interés superior del niño”) justifica una amplia intervención coactiva en la vida de niños y adolescentes “conflictivos”.

Finalmente, el hecho de que varias legislaciones estatales no contemplen un límite de edad mínimo para la intervención del tribunal juvenil frente a delitos o “status offenses” se debe a que “perciben la justicia juvenil como una ley de protección civil alternativa al sistema penal”, razón por la que niegan la “excepción de infancia” (minoría de edad, como causal de inimputabilidad) en procedimientos juveniles (Gardner, 204).

Como se verá, en el debate actual en los Estados Unidos no queda oculto que en este modelo se esconde un buen contenido de punición, bajo los propósitos de favorecer el bienestar y la rehabilitación del niño. Con todo, llama la atención que efectivamente, en algunas propuestas norteamericanas recientes (aunque aparentemente aisladas), se deposita un elevado grado de confianza en la capacidad del sistema judicial y de la reacción judicial-punitiva al delito para satisfacer necesidades sociales de los niños sometidos a ella de un



modo que impacte en sus posibilidades futuras de integración social. Así, por ejemplo, a partir de un proyecto piloto de humanización de un centro de detención juvenil en Nueva York, consistente en aprovechar el breve tiempo de permanencia de los adolescentes en él, para ofrecerles un programa global de atención médica, dental y de salud mental, se llega a concebir la detención también como “una oportunidad para identificar y trabajar sobre severos problemas de aprendizaje de los adolescentes delincuentes”, concluyendo que “el uso razonable del confinamiento de seguridad permite redirigir los recursos de las agencias para aumentar el nivel de asistencia a un gran número de adolescentes” (Krisberg/Austin, 178-179).

También se puede observar en el debate norteamericano propuestas que pretenden rescatar la finalidad “redentora” tradicional del movimiento por los tribunales de menores (de los “salvadores del niño”, cfr. Platt, *pássim*) pero intentando resguardar las garantías procesales de los adolescentes (es el caso de Krisberg/Austin, 181-187).

Tampoco faltan propuestas similares en el reciente debate pre-legislativo español, donde se ha postulado la dictación de una “Ley de Justicia Juvenil” (en lugar de una “Ley Penal Juvenil”) que establezca “un sistema específico para los menores cuyos objetivos fuesen entre otros: la búsqueda de sistemas compensatorios de la vulnerabilidad de los menores basados en complementariedad y apoyo a los procesos de socialización de los mismos, así como de alternativas favorcedoras de la integración

social”, todo ello dentro de un tribunal civil, en un procedimiento no-penal, que también atienda a los intereses de la víctima (Ríos Martín, 338-339). Se trataría de una justicia que apuntase al “equilibrio de desigualdades y restablecimiento de asimetrías personales”. En este tipo de derecho, se sostiene, “no es imposible diseñar un elenco de medidas correctoras que, en su definición legislativa y en su ejecución práctica, no comporten para los menores de dieciséis años, ni privaciones de derechos que puedan interpretarse como *castigos, ni reproches, ni estigmas*”, aplicando esas medidas en todo caso con respeto de las garantías constitucionales (Vives Antón, 104).

#### **4. Críticas a la justicia juvenil maximalista, particularmente a sus pretensiones “educativas”.**

En los Estados Unidos, sin embargo, ya desde hace años se ha desarrollado una crítica a la asignación de funciones asistenciales a la justicia juvenil, que históricamente sirvió de pretexto para relajar las garantías ofrecidas a los niños y adolescentes (o negarlas completamente) frente a la intervención judicial surgida a propósito de la comisión de delitos o de “status offenses”.

Así, en una famosa sentencia (Kent vs. United States), la Corte Suprema de Estados Unidos, junto con afirmar que el ejercicio de la autoridad de la “*parens patriae*” “no es una invitación a la arbitrariedad procesal”, expresó su escepticismo sobre la capacidad de los tribunales juveniles para desarrollar su misión



exitosamente, pues “existe mucha evidencia de que algunos tribunales juveniles, incluyendo al del distrito de Columbia, carecen del personal, las instalaciones y las técnicas para desempeñarse adecuadamente como representantes del estado con capacidad de “*parens patriae*”, al menos respecto de los niños imputados por una infracción de ley”. Existe evidencia, de hecho, de que puede haber razones para temer que el niño recibe lo peor de dos mundos: que ni recibe la protección jurídica reconocida a los adultos ni la solícita asistencia y tratamiento regenerativo postulado para los niños” (en Gardner, 186-188).

En un fallo de la corte estadual de Washington (State ex rel. D.H.H. vs. Dostert) se afirma la contradicción existente entre la asistencia a los niños y su control, o entre tratamiento y control, de modo que “mucho de nuestra actual ley juvenil se predica en base a un sano escepticismo acerca de la capacidad del estado y de sus agentes de ayudar a los niños cuando están encarcelados en uno de los centros de detención juvenil. Así, el control de los menores y el tratamiento de menores (si la expresión puede ser empleada sin conjurar imágenes kafkianas) son frecuentemente objetivos irreconciliables” (en Gardner, 302, nota 37).

Por su parte, la competencia para intervenir judicialmente, en los Estados Unidos, con medidas coactivas, respecto de las “status offenses” está siendo seriamente cuestionada, por problemas de constitucionalidad (Gardner, 214).

#### 4.1. Inglaterra.

En la literatura británica también hay indicios de un debate sobre el tema, que parte en cualquier caso de una crítica a los modelos de tratamiento de la delincuencia infanto-juvenil basados en la pura lógica del bienestar, en los que la opinión pública, no ya sólo británica sino europea en general—según lo sostiene un reporte del Consejo de Europa de 1987—, ha ido perdiendo la fe (Allen, 69).

Estos modelos, se sostiene, en primer lugar son injustos para los jóvenes, pues están desprovistos de las garantías para sus derechos, pese a que muchas intervenciones efectuadas “en el interés superior del niño” pueden ser experimentadas por el niño como auténticas penas. Un sistema (de justicia) que se funda enteramente en el objetivo de responder a las necesidades del niño más que a acciones específicas, siempre trae consigo el peligro de intervenciones excesivas y desproporcionadas.

Así, hasta 1989, los tribunales criminales ingleses tuvieron la potestad de imponer medidas de asistencia indeterminadas a niños que, habiendo sido condenados por delito, no estaban recibiendo asistencia apropiada. Las potestades de los padres pasaban así a trabajadores sociales del órgano local, quienes disponían de amplia discrecionalidad, pudiendo incluso (hasta 1983) internar al niño en centros con medidas de seguridad, sin autorización judicial. Desde 1989, las órdenes de asistencia pueden ser dictadas sólo en procedimientos civiles, es decir, en una jurisdicción separada de aquélla que conoce de los delitos cometidos por niños y adolescentes, sin perjuicio de que, como

se verá, dicha jurisdicción civil se apoye en un sistema administrativo local de asistencia que interviene en todos los casos que no requieren necesariamente de autorización judicial. (Allen, 69-70)

En segundo lugar, el desempeño de la justicia juvenil bajo el modelo del bienestar es criticado en el medio británico, por su ineficacia para alcanzar sus objetivos, así como por su costo comparativamente alto. Las intervenciones judiciales dirigidas al bienestar han adoptado frecuentemente la forma de colocaciones institucionales, que, por lo demás, arrojan altas tasas de reincidencia y futuras encarcelaciones de sus clientes. (Allen, 70).

Finalmente, se le critica a este modelo su incapacidad para atender a los intereses de la víctima y de la comunidad, afectados por la comisión de delitos, dado que se coloca como única consideración el "interés superior del niño", sin perjuicio de que ella permite igualmente intromisiones percibidas por el niño como penas (ibídem).

#### 4.2. España.

Por lo que respecta a España, las propuestas de un sistema de justicia basado exclusivamente en la (re)educación del adolescente infractor no han sido capaces de influir seriamente en el debate pre-legislativo. Cuando ellas se basan en la suposición de que hasta ahora "durante más de medio siglo hemos podido vivir sin aplicar penas a los menores de dieciséis años" (Vives Antón, 104), se les ha contestado, en primer lugar, que las medidas educativas y correctoras pueden llegar a ser (y han sido, bajo la Ley de

Tribunales Tutelares de Menores) tan duras como las penas, pero sin ninguna garantía y, en segundo lugar, que si realmente se está dispuesto a renunciar a la responsabilidad penal para privilegiar una respuesta educativa "la respuesta debe ser EXCLUSIVAMENTE educativa –no medidas correctoras, como apuntan la mayoría de autores que defienden un sistema no penal–, y no veo por qué debe aplicárseles a través de un sistema judicial" (Giménez-Salinas, 1993, 638), pero admitiendo al mismo tiempo que, pese a que ello sería la mejor política criminal, la sociedad y los poderes públicos españoles no están dispuestos a renunciar a toda sanción para los adolescentes, y de hecho los defensores de un derecho correccional no-penal para menores no han renunciado tampoco a la pena (ibídem., 638-639), aunque sí a las garantías, podríamos agregar.

Además, el debate español también se basa en una crítica a la histórica confusión y mezcla en el tratamiento de los actos delictivos y de las situaciones de necesidad de niños y adolescentes, tal como lo contemplaba la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, hasta la década de los ochenta, con medidas de protección que ocultaban una realidad punitiva. Mediante esas medidas, se afirma, el juez contribuía "a enmascarar los problemas de tipo económico y social, camuflando las contradicciones de una sociedad desigual e injusta y satisfaciendo al mismo tiempo la buena conciencia que reclama el cuerpo social" (Cantarero, 13).

### 4.3. Alemania

En el caso de Alemania, en la presente década el debate parece abrirse hacia una comprensión creciente de la ineptitud del sistema de justicia juvenil para satisfacer las necesidades y superar las dificultades de los jóvenes, que puedan estar asociadas a la delincuencia juvenil. Ello viene a romper con una larga tradición que define al Derecho Penal juvenil como un derecho educativo.

En otro lugar he documentado parte de la discusión alemana sobre la finalidad educativa en el Derecho Penal juvenil (Couso 1998, 78 y ss.), particularmente las críticas de Peter-Alexis Albrecht al engañoso empleo de la noción “educación” en el contexto del derecho penal juvenil (ibíd., 89). Albrecht sostiene que la idea de educación, en el derecho penal juvenil alemán, no tiene nada que ver con un concepto de educación propio de la pedagogía (Albrecht, 1992, 62-63).

La “educación” que el sistema de justicia penal-juvenil (alemán) es capaz de proporcionar adquiere un carácter fundamentalmente de irrogación de mal (y no de ayuda), con fines preventivo-especiales: i) ya sea intimidando al delincuente, con lo que en realidad no se ofrece educación en lugar de castigo retributivo, sino a través de él, contando con un supuesto «efecto educativo de la retribución», o; ii) ya intentando modificar (coercitivamente) el comportamiento del delincuente para que no vuelva a delinquir en el futuro. Además, es una “educación” que va unida a un desmantelamiento de las garantías procesales pues es entendida predominantemente

como fundamento de la intervención penal-juvenil y no como límite. (Albrecht, 1992, 63-64 y 69)

Mientras que en la pedagogía y la psicología, en cambio, sostiene Albrecht, la educación es un proceso complejo que aspira del educando un desarrollo de personalidad. La educación en este sentido complejo exige autonomía y participación, y una plena consideración de la subjetividad del educando. También es necesario contar con posibilidades de socialización adecuadas, es decir, circunstancias vitales que permitan un desarrollo de la personalidad. La disposición y distribución de tales posibilidades de desarrollo —concluye Albrecht— es una tarea propia de la política social del Estado, no la tarea del derecho penal y la justicia. Mientras que «el objetivo exclusivo constitucional sostenible del derecho penal (de menores) es la dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal. Desde la perspectiva científico social esto último no es “educación” (socialización), sino exclusivamente control social» (Albrecht, 1990, 108-109).

### 4.4. Chile.

En el contexto chileno es aguda la crítica al maximalismo elevada recientemente por Riego (123-127), que se refiere al efecto mistificante y legitimante de la represión, operado por los discursos maximalistas, no sólo en la esfera de la justicia (lo que ya ha sido planteado) sino también del órgano administrativo que tiene el encargo legal e institucional de dar protección a los niños, pero que se ubica en un contexto en

el que confluyen intereses político-estatales de diversa índole, también de represión y control del delito, ciertamente.

En ese contexto, según el autor, los discursos maximalistas, al ser incapaces de reconocer que las instituciones en que se concretan responden también a intereses de seguridad pública y se ven influidos por el temor a la criminalidad y a la sola existencia de un conjunto de niños y adolescentes que están, tienen el riesgo siempre de relajar las garantías. Pues sólo el reconocimiento de esa dimensión represiva permite que operen eficientemente los límites garantistas a la represión estatal.

Fuera de ello, los discursos maximalistas, vinculados además con intereses corporativos de los operadores del sistema, también dificultan la posibilidad de someter a esos operadores al escrutinio público o a una discusión pública, pues son discursos que conducen a la falacia normativista de creer que la sola proclamación de los principios maximalistas –que no son más que una aspiración– los convierte en una realidad, que permite justificar una cierta institución o una cierta actitud de los operadores, quienes proclaman de sí mismos, como algo que es intrínseco a su papel, el hecho de que trabajan por la realización de esas aspiraciones maximalistas (por ejemplo, la protección de los niños), cosa que por lo menos sería digna de ser discutida (Riego, 124-125).

Por último, y más allá de la justicia propiamente tal, el problema de los discursos maximalistas es que se basan en una idea que

no encuentra justificación histórica, de que el Estado es capaz de realizar todas esas aspiraciones que el maximalismo le encomienda. Es decir, operan sobre la base de una imagen prestigiosa del Estado, que contrasta con la brutalidad y torpeza que éste demuestra hasta en materias tan elementales como el respeto de los derechos humanos (Riego, 128). La técnica garantista del minimalismo parte, en ese sentido, de una imagen más exacta de lo que es el Estado.

## **5. Política administrativa de oferta de atención y justicia minimalista.**

El fracaso histórico de los modelos tutelares y maximalistas de justicia juvenil, al menos en nuestro continente, hace difícil negar que el propósito de ayudar a la integración social de adolescentes en conflicto con el sistema de justicia de menores, reclutados como clientes del mismo, que además presentan (como es el caso en América Latina) serias dificultades socio-económicas, familiares, y que ya son víctimas de expulsión del sistema escolar (una de las instituciones básicas para la integración social), y de la estigmatización y represión por parte de los órganos policiales y, a veces, del propio vecindario, es un propósito que excede las posibilidades de la administración de justicia. En otra oportunidad he analizado las condiciones de un trabajo auténticamente educativo e integrador con adolescentes en dificultades, concluyendo que ese tipo de trabajo debiera ser desarrollado en un

contexto alejado de las agencias de control penal.<sup>3</sup>

Para ello, es necesario reducir al mínimo posible la intervención de estas agencias (policía, fiscalía, justicia penal de adolescentes), abriendo puentes para que los adolescentes salgan de ese circuito y en cambio reciban apoyo de servicios locales de infancia comprometidos en apoyarlos para la superación de sus dificultades y la creación de espacios y oportunidades de desarrollo. A este respecto es de especial interés observar la tendencia que se aprecia en el debate político-criminal alemán desde comienzos de la década de los noventa.

### **5.1 Las propuestas de la Asociación Alemana de Tribunales Juveniles y Asistentes de la Judicatura Juvenil.**

A partir de las reformas legales introducidas en Alemania en 1990, paralelamente tanto en la Ley Judicial Juvenil (que regula la imposición judicial de medidas y penas juveniles a adolescentes responsables de un delito) como en la legislación de bienestar de infancia y juventud (sustituida por una nueva ley), las críticas de Albrecht y otros autores comienzan a encontrar eco en sectores de la propia administración de justicia. Comienza a entenderse, tal como lo propone la nueva Ley de Asistencia a la Infancia y Juventud (de 1990) que la actividad estatal frente a los adolescentes que están en situaciones sociales, familiares o personales conflictivas, pero que no son acusados por un delito, debe consistir en una oferta de atención,

que en principio puede aceptarse o rechazarse libremente. Sin embargo, también en el ámbito de la justicia penal juvenil, se mantienen y refuerzan, junto a la penas juveniles y los medios disciplinarios, las “medidas educativas” tradicionales de la ley, y se incluye además, como una novedad, la obligación del adolescente (responsable de un delito) de “demandar asistencia educativa”, es decir, la obligación del adolescente de solicitar ser beneficiado con una medida de la Ley de Asistencia a la Infancia y Juventud, que se denomina “asistencia educativa”, y que, paradójicamente, esta ley entiende ahora como una “oferta” que el adolescente puede aceptar o rechazar (críticamente, Schüler-Springorum, 5).

En el caso de las medidas educativas, especialmente de las que parecen tener un propósito (bienintencionado) de auténtica ayuda al adolescente (como la obligación de someterse a la orientación de un adulto o de participar en cursos de entrenamiento social), la contradicción llega al extremo si se considera que el incumplimiento de cualquiera de ellas puede ser castigado con privación de libertad por hasta cuatro semanas.

Haciendo eco de las críticas, en 1992 la Comisión de “Derecho criminal Juvenil” de la Asociación Alemana de Tribunales Juveniles y de Asistentes de la Judicatura Juvenil, bajo la presidencia del prestigioso criminólogo Horst Schüler-Springorum, efectuó unas recomendaciones bastante completas para la dictación de una nueva Ley Judicial Juvenil.

En ella se sientan las bases de un derecho penal mínimo de adolescentes, que junto con

<sup>3</sup> Couso 1999, pp. 28 y ss. y en Couso 1998, pp. 86 y ss.

reducir radicalmente la aplicación de la privación de libertad, en favor de unas pocas medidas sancionatorias (no educativas) no privativas de libertad, renuncie asimismo a la aplicación judicial y coactiva (amparada por la Espada de Damocles del “arresto por desobediencia”) de medidas educativas, en el entendido que ello desnaturaliza su carácter de “oferta de asistencia”. Las medidas educativas, en adelante, deberían configurarse como una oferta de la Asistencia Juvenil (organismo administrativo) de acuerdo con la inspiración de la nueva Ley de Asistencia a la Infancia y Juventud (Schüler-Springorum, 8, y DVJJ-Kommission, 27 y ss.)

En la base de esta propuesta se encuentra la intuición (avalada por los operadores sociales de la justicia juvenil alemana) de que “la disponibilidad de un adolescente para cooperar con los pedagogos sociales en el ámbito de la Asistencia Juvenil, depende fundamentalmente de que se requiera al propio adolescente una decisión acerca de si quiere pedir o aceptar ayuda, y con qué contenido y duración” (DVJJ-Kommission, 30). Por otra parte “se debe partir de la base que la calidad de la Asistencia Juvenil es influenciada positivamente si, en vistas a conseguir la disposición del adolescente a cooperar, ella debe trabajar en base, no de la coactividad proporcionada por la justicia, sino del atractivo de su oferta” (ibídem). Por ello, aún cuando la *asistencia educativa* se desarrolle en el marco o con ocasión de un procedimiento penal juvenil, “se debiera realizar sobre la base de un acuerdo entre el adolescente y el encargado de la Asistencia Juvenil” (ibídem).

Así, la verdadera educación y la ayuda al adolescente infractor para la superación de sus dificultades, se desembarazaría de la incómoda y distorsionante compañía de los medios coactivos proporcionados por la justicia penal juvenil, que sólo debiera ofrecer las oportunidades para suspender el procedimiento privilegiando el trabajo de la Asistencia Juvenil, ahí donde se produjo un acuerdo libre entre el adolescente y los encargados de proporcionarla. Ello no implicaría, en todo caso, una eliminación de la idea de educación en las medidas y penas del derecho penal juvenil, pero sí se reduciría su misión, a configurar la ejecución de las penas y medidas subsistentes de acuerdo con el objetivo de intentar que los adolescentes a los que se imponen, en el futuro no cometan más delitos (con eso ya se satisface el fin penal de la prevención-especial, siendo un exceso cualquier pretensión maximalista del tipo “integrar al adolescente a la sociedad”), lo que en todo caso, ciertamente ya no sería considerado el único fin de las penas y medidas juveniles (DVJJ-Kommission, 27).

## 5.2 La conciliación-reparación entre delincuente y víctima.

Un aspecto fundamental del debate en los años noventa, que puede ser perfectamente compatible con una perspectiva minimalista, es la creciente demanda de asignar a la conciliación víctima-delincuente y a la eventual reparación, por parte de éste, de los daños y perjuicios causados a la primera, un papel central dentro del sistema de consecuencias jurí-

dicas o de salidas alternativas al procedimiento<sup>4</sup>.

Esta medida plantea, según sus impulsores, una serie de ventajas frente a las respuestas punitivas tradicionales, particularmente en el ámbito de la delincuencia de adolescentes (Giménez-Salinas, 1992, 30; Sancha Mata, 81-85, Allen, 76-77). Se trata de una forma de pacificar el conflicto, reparando las relaciones sociales deterioradas por el delito.

Desde el punto de vista de las víctimas, se trataría de una forma mucho más concreta y apegada a la realidad, de considerar su posición y sus necesidades, no sólo de una reparación directa del daño material, sino también de superar la frustración que naturalmente provoca ser víctima de un delito, a través de la posibilidad de hablarle al adolescente infractor sobre ello, obteniendo unas disculpas del mismo e, incluso a veces, comprobando su arrepentimiento (aunque un arrepentimiento en sentido moral no sea necesario, cfr. Giménez-Salinas, 1992, 36); en palabras de Allen (81): “el perdón no es algo que la víctima hace en beneficio del agresor. Es el proceso de la víctima saliendo de la rabia y el dolor de la injusticia de modo que él o ella puede recomenzar a vivir liberado del poder de la agresión criminal”. Fuera de ello, también parece ser una respuesta más adecuada a la necesidad de la víctima de superar inclusive, en casos de delitos de mayor importancia, el temor que le despertó el desconocido

delincuente, que luego en la mesa de conciliación resulta ser sólo un muchacho, algo desarmado frente al facilitador y la propia víctima, y cuya “temibilidad” muchas veces va desapareciendo al escuchar sus explicaciones y comprender su contexto y sus condicionamientos familiares y sociales. De hecho, en la experiencia comparada hay programas en los que un porcentaje muy mayoritario de las víctimas invitadas a iniciar un proceso de conciliación acepta la invitación, y se manifiesta conforme (y dispuesta a volver a hacerlo si otra vez fuese víctima de un delito similar) con los resultados (Sancha Mata, 83).

Desde el punto de vista del adolescente infractor, la medida, aunque en ciertos casos requiere un esfuerzo emocional y práctico importante, evita intervenciones punitivas más severas, y permite resolver un conflicto que en ciertos casos puede volverse contra el propio adolescente infractor (a veces los roles agresor-víctima, mirados en el contexto de una relación conflictiva, particularmente entre adolescentes, son dinámicos y cambiantes, de modo que pueden invertirse). Fuera de ello, se suele asignar una eficacia preventivo-especial a la medida, particularmente porque la confrontación directa del adolescente con su delito, con el daño que provocó, no sólo de un modo cognitivo, sino añadiendo las emociones de la víctima, mediadas por los diálogos bilaterales facilitador-agresor que tienden a crear conciencia del derecho ajeno y de la negatividad del daño sufrido, reduce las posibilidades del desarrollo de las “técnicas de neutralización” (racionalizaciones tendientes a justificar la propia conducta delictual, minimizando el delito o descalificando

<sup>4</sup> Véase en el anexo el resumen de las entrevistas a dos operadores de programas de conciliación-reparación que aplican la medida en Barcelona y Madrid.



a la víctima), habituales entre adolescentes infractores, particularmente en el seno de la pandilla (sobre esta ventaja, DVJJ-Kommission, 28).

Para la comunidad, la conciliación tiene la gran ventaja de representar un equivalente funcional a la pena, pero mucho menos costoso y sin sus efectos contraproducentes.

### 5.3 ¿No intervención de la justicia?

La comprensión de que la respuesta más apropiada a los conflictos asociados a la delincuencia juvenil registrada por el sistema de justicia pasa por fuera de la propia justicia, podría llevar a plantear la necesidad de prescindir completamente de la justicia, concentrando todas las energías y recursos en una política administrativa de apoyo voluntario a los niños y adolescentes en dificultades.

En realidad esta es una opción que, en el plano de la utopía siempre se encuentra en el horizonte.

Giménez-Salinas, tomando una sistematización de Junger-Tas, al caracterizar los diversos modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil, incluye, junto al modelo de protección (el de la "ideología tutelar") y el modelo de responsabilidad (el de una justicia penal juvenil), un tercer modelo, al que denomina "educativo", que habría tenido una expresión histórica en Holanda, Bélgica y algunos Países Nórdicos con "Estados de Bienestar" fuertes, a partir de los años 60, y que sustituye la intervención de la justicia y los métodos represivos por soluciones extrajudiciales orientadas a la mediación de

conflictos y a la educación de los niños y adolescentes (Giménez-Salinas, 1993, 612-613). El internamiento en instituciones se reduce hasta casi desaparecer, se favorecen los programas ambulatorios, que no trabajan sólo con el niño sino también con su familia. En esta acción colabora una gran variedad de organismos asistenciales, apoyados por muchas asociaciones privadas, quienes se basan en que "es el joven el que pide la ayuda y, por tanto, es necesario su consentimiento" (ibíd., 613).

Este modelo histórico se acerca bastante a la utopía, pero parece permanecer en él todavía una cierta ambigüedad, dado que el sistema no opera sobre una absoluta despenalización, y el juez sigue siendo la última instancia, que mantiene el mismo propósito de atender y cubrir una serie de necesidades sociales del joven, con motivo de la reacción a su delito, convirtiéndose de ese modo, según Giménez-Salinas, en un "super asistente social" (ibidem). La autora da cuenta además de una cierta dificultad del modelo de educación, según la percepción del público europeo, para elaborar los conflictos delincuenciales del adolescente de los ochenta, que "está mucho más próximo al mundo de los adultos que al de la infancia" (ibíd., 615). No duda, sin embargo, como se vio, que la línea en que se inspira el modelo, de sustitución de la justicia punitiva por la auténtica educación, representa en el plano ideal, la mejor política criminal, pero admite que la sociedad (española) no está dispuesta a prescindir de toda respuesta punitiva (ibíd., 638) contra los jóvenes.

De todos modos, si hacemos caso de lo que se dice en este apartado, pareciera que una política criminal que reduzca la intervención judicial-punitiva al mínimo inevitable (sin disfrazarla de “educación”), y que deje el espacio más amplio posible a la política administrativa de oferta de ayuda a los niños y adolescentes infractores y sus familias para la superación de sus graves dificultades, con metodologías que cuenten con su propia voluntad de cooperar en la superación de las mismas, es la mejor política criminal hoy por hoy practicable.

## **6. Relación entre la justicia penal juvenil y las prestaciones sociales de oferta de atención, promoción y desarrollo para adolescentes infractores con graves dificultades.**

### **6.1 Contexto en que se da la relación.**

Si estuviésemos en un contexto político-cultural que aceptase renunciar a la punición, en favor de una intervención únicamente orientada a ofrecer ayuda al adolescente y su familia para promover su desarrollo y la superación de sus dificultades, no tendría sentido plantearse esta relación. Y tampoco habría necesidad de plantearse si, renunciando a una política social para ayudarles a la superación de esas dificultades, únicamente nos conformásemos con la acción sancionatoria (o “punitivo-tutelar”) de la justicia.

Las dificultades de esta relación provienen de la adopción de un modelo de “separación de vías” que admite tanto la posibilidad de

una intervención estatal coactiva (decretada judicialmente) en respuesta a las infracciones penales de cierta gravedad cometidas por adolescentes, como la necesidad de una acción pública de promoción y desarrollo de los derechos de niños y adolescentes que estén en dificultades, hayan cometido o no una infracción penal (Couso, 1990, 71 y ss., 90 y ss.).

En este caso, si se acoge la idea de un derecho penal mínimo para adolescentes, que intervenga tan sólo cuando es inevitable hacerlo, por razones de necesidad preventiva, y de una política social de oferta de ayuda que haga todos los esfuerzos para colaborar con la superación de las dificultades del adolescente y su familia, es necesario resolver las relaciones entre ambas vías en el extenso terreno en que ellas se cruzan, si se tiene en cuenta que la gran mayoría de los clientes del sistema de justicia juvenil son adolescentes con ese tipo de dificultades.

### **6.2 Competencia del juez penal-juvenil para decidir medidas de asistencia social.**

En una línea de cierta continuidad histórica con el derecho tradicional de menores, algunas legislaciones han entregado, como se ha visto, al mismo juez que conoce de la infracción penal por la que se acusa al adolescente, la competencia para imponer una medida de protección de las que ofrece el sistema de bienestar para niños y adolescentes en dificultades. Tal es el caso de las medidas de asistencia educativa y de acogida en residencias con asesoría educativa, que la Ley Judicial Juvenil (JGG) alemana entrega al juez (penal) juvenil, pero que son creadas y reguladas por la Ley de Atención al Niño y a la Juventud

(KJHG). Lo propio vimos que ocurre en el caso del Estatuto del Niño y el Adolescente, de Brasil. La legislación británica, por su parte, establecía algo similar hasta 1989, pues entregaba a los tribunales penales, competentes para conocer de las infracciones penales de niños y adolescentes, la facultad de imponer medidas de protección ("Care orders"), indeterminadas en el tiempo, a niños y adolescentes que, habiendo sido condenados, no estaban recibiendo protección o cuidados adecuados.

Esta alternativa adolece de algunos de los defectos de la justicia tutelar de menores. Es cierto, con todo, que se trata en general de legislaciones que han superado los defectos más graves de aquella, pues el juez no tiene competencia para aplicar sanciones a adolescentes no infractores, debiendo comprobar el delito y la participación antes de imponer las sanciones; en cuanto a las medidas de protección, en general, al ser reguladas en una legislación diferente (o en un capítulo diferente del Estatuto, en el caso de Brasil), se fundan en la lógica de la ayuda y no del castigo. Sin embargo, ello no ocurre en todos los casos. Especialmente, cuando se entrega al juez penal la facultad de decretar la acogida del niño en una residencia, nos encontramos muchas veces con verdaderos internados, los mismos que una o dos décadas atrás servían a la justicia tutelar de menores para proteger-corriger al "menor abandonado-delincente" (García Méndez), pues el cambio en la naturaleza de la medida se hace muy difícil, si ella viene respaldada por la autoridad de la decisión judicial.

Es posiblemente ello lo que indujo a los

redactores del Estatuto a la inteligente decisión de entregar al juez (penal) de infancia y adolescencia sólo competencia para decretar medidas de protección *ambulatorias*, pero no la medida de "abrigo" (acogida residencial).

En el caso alemán, estas medidas de ayuda, decretadas por el juez penal juvenil, por lo menos en general no vienen amparadas por el "arresto por desobediencia" (aunque sí en el caso de la acogida en otra familia, y de otras medidas educativas del parágrafo 11 de la JGG), pero igualmente sufren de la desnaturalización que la coactividad judicial les impone. Con todo, si estas medidas van a ser una alternativa a las penas privativas de libertad, Albrecht sostiene que puede admitirse la obligación impuesta por el juez de asistir sólo a la primera entrevista (con un trabajador social, por ejemplo), siempre que el futuro desarrollo de la relación se deje a la libre voluntad del adolescente, insistiendo a continuación en que el trabajo social exitoso con adolescentes sólo es posible desde una posición de independencia de la justicia (227, citando a Plewig).

Otro problema de la entrega de la decisión de la medida de ayuda al juez penal, como se vio en la sección anterior, radica en la relativa ineptitud de la justicia (como lo destacan Guarino-Ghezzi/Loughran, 136) para emplear un sistema de clasificaciones suficientemente complejo como para poner en práctica un modelo de toma de decisiones individualizadas con un nivel de sofisticación aceptable. En un sentido parecido se ha destacado en nuestro medio la enorme ineptitud del sistema judicial de decisiones, para hacer frente a problemas tan

complejos como los que suelen sufrir los niños y adolescentes a quienes sus decisiones afectan (Riego, 130). Su sujeción a pautas relativamente rígidas y estandarizadas de respuesta (catálogo legal de medidas), su lejanía y desconocimiento de la realidad en la que se producen los problemas, hacen a la justicia incapaz de asimilar la complejidad de los problemas personales y sociales de los afectados y de ofrecer una respuesta que responda de la manera más satisfactoria posible a la multitud de perspectivas e intereses que están en juego (ibíd. 130-131).

En ese sentido, la decisión del juez de favorecer una salida no-penal, dirigida a la resolución del conflicto en toda su complejidad, debiera quedarse sólo en eso, sin ir más allá, y entregando la búsqueda de la solución concreta a instancias más preparadas para ello, menos rígidas y más cercanas a la realidad en la que los problemas se han producido (que es donde tiene que llegar la solución).

### **6.3 Renuncia a la intervención penal juvenil ante la acción eficaz de programas de atención, promoción y desarrollo del adolescente en dificultades.**

Ahora bien, si no es el juez el más indicado para resolver cómo ofrecer ayuda al adolescente para superar sus dificultades, y si la autoridad judicial tiende a desnaturalizar la ayuda, cobran interés las propuestas de anticipar la búsqueda de salidas no-penales, dirigidas a enfrentar esos problemas.

Pero en este caso se introducen nuevas complejidades. La decisión anticipada acerca de una salida no-penal, por mucho que el

sistema político se haga sensible a la necesidad de resolver las dificultades de fondo que se asocian a la actividad delictual de un adolescente, no se basa exclusivamente en la búsqueda de la mejor forma de ayudarlo a superar esas dificultades. Al evaluarse esa posibilidad, también se tiene en cuenta, y en una medida nada despreciable, las exigencias sociales de seguridad pública, de sanción, de prevención del delito.

En un sistema procesal acusatorio, normalmente es el representante del Ministerio Público el que tiene la facultad de renunciar a la acción penal, en favor de una intervención administrativa dirigida a la ayuda del adolescente (también puede hacerlo por falta de interés público en la persecución si se trata de delitos de menor entidad, y cuando se ha alcanzado un acuerdo reparatorio con la víctima). Tal es el caso alemán (parágrafo 45 de la Ley Judicial Juvenil), en el que el fiscal puede, sin autorización judicial, renunciar a la persecución, si el adolescente ya está cumpliendo una medida educativa, y, puede además, solicitar al juez, como una condición para la renuncia de la persecución, que él imponga al adolescente confeso una medida educativa, la obligación de intentar un acuerdo reparatorio, o ciertas cargas (del tipo de las “llamadas de atención”), con la particularidad de que entonces no será aplicable el “arresto por desobediencia”. En el sistema alemán (relativizando su carácter acusatorio) lo propio puede hacer el juez juvenil, sobreseyendo definitivamente el procedimiento, fuera de la posibilidad de convenir con el fiscal la suspensión temporal del mismo, por un período de hasta seis meses, tras el cual sólo se

da por terminado el procedimiento si el adolescente cumple las medidas impuestas.

En relación a la imposición judicial de las medidas, como condición de la renuncia a la persecución, o del sobreseimiento definitivo, tienen las desventajas anotadas en general, respecto de la decisión judicial, de la forma como se ofrecerá ayuda al joven: rigidez de la respuesta (que corresponde a una pauta o catálogo legal predeterminado), y desnaturalización coactiva de la ayuda (aunque disminuida por la desaparición del arresto por desobediencia). Tratándose de la suspensión temporal, el ingrediente coactivo, tergiversador de la oferta de ayuda, es mayor. En definitiva, el mensaje es: si la ayuda no funciona, el Estado se reserva la alternativa del castigo.

Por lo que respecta a la decisión fiscal o judicial de renunciar al procedimiento, porque ya está en aplicación una medida educativa, parece dar luces de una forma de resolver apropiadamente el problema. En el caso de la ley vigente, a decir verdad, las medidas educativas están configuradas en general como sanciones ambulatorias (susceptibles de aplicación de "arresto por desobediencia" si las decretó el juez en base a un juicio de culpabilidad), pero en la propuesta de la DVJJ-Kommission (30), aplicando el mismo esquema procesal, se propone un modelo interesante:

En tal caso, se establece que el organismo encargado de la ayuda de adolescentes en dificultades (la Asistencia Juvenil) debe ofrecer asistencia educativa a todo joven imputado por un delito, en la medida que de esa forma sea posible promover su desarrollo y si tal asistencia

parece apropiada y necesaria para disminuir el riesgo de reincidencia. En tal caso la asistencia educativa se sigue ejecutando plenamente de acuerdo con los principios de la Ley de Atención al Niño y la Juventud, es decir, como una oferta de ayuda, que el adolescente voluntariamente acepta o rechaza, y en la que es carga del encargado de la asistencia educativa intentar ganar la cooperación voluntaria del adolescente en base al atractivo de la ayuda ofrecida. Si el adolescente acepta la ayuda, y consiente además en ello, el encargado de ofrecerla comunicará este acuerdo al juez. El juez, por su parte, sobreseerá definitivamente el procedimiento, si la aceptación de la ayuda hace innecesaria la imposición de una medida por medio de juicio.

Con ello, en primer lugar, la relación de ayuda se desarrolla libre del efecto desnaturalizador de la coactividad y la derivación fiscal o judicial, y, en segundo lugar, en la decisión del juez de sobreseer se puede tener en cuenta, con un mayor nivel de sofisticación que el que la justicia habitualmente puede tener en cuenta en estas materias, una serie de factores asociados, no sólo a la problemática personal, familiar y social del adolescente, sino también de factores relativos a su supuesta peligrosidad; sobre todo ello discutirá el encargado de la asistencia educativa con el juez, intentando convencerlo, asumiendo compromisos y responsabilidades, ofreciendo indicios que le tranquilicen.

Finalmente, en el ámbito de estas oportunidades procesales para salidas no-penales, adquiere interés también la consideración, como fundamento para el sobreseimiento o la renuncia de acciones, no ya únicamente de

relaciones de ayuda en desarrollo, sino también de procesos conciliatorios en curso. Así, en la legislación alemana vigente, para los efectos de la posibilidad de renunciar a la acción fiscal o de sobreseer el procedimiento, se asimila a la existencia de medidas educativas en aplicación el hecho de que el adolescente haya hecho esfuerzos por alcanzar un acuerdo reparatorio con la víctima (en sede extra-judicial, se entiende). La propuesta político-criminal básica de la DVJJ-Kommission, como se vio en su momento, consiste en proponer como primeras alternativas de solución, precisamente la conciliación con la víctima, y luego, el desarrollo de una relación voluntaria de asistencia educativa en el marco de la Asistencia Juvenil. La idea es que el éxito de esas salidas no-penales debe constituir un antecedente de gran importancia para decidir la renuncia al procedimiento (DVJJ-Kommission, 27 y 30).

#### 6.4 El modelo de las *Family Group Conferences*.

Ese modelo de relación entre justicia y el organismo administrativo encargado de la atención a adolescentes en dificultades, y de gestión de las salidas no-penales (de ayuda o de conciliación), tiene la ventaja de permitir el desarrollo de la relación de ayuda por cauces de mayor libertad y autenticidad, y de permitir el surgimiento de soluciones ajustadas a las necesidades y a la concreta realidad de cada adolescente. Una posible desventaja, sin embargo, es que en la toma de decisión sobre si renunciar o no al procedimiento, la objeción basada en las necesidades sociales de pena,

esto es, de una respuesta simbólica visiblemente represiva, se convierte en un elemento abstracto, difícilmente discutible por el encargado de la asistencia educativa que intenta convencer al juez para que sobresea. Es decir, aunque más sofisticado, es un modelo de toma de decisiones que impide deliberar sobre un importante factor involucrado: la necesidad social de pena.

Acaso de ahí derive el atractivo (pese a muchas otras dudas y objeciones que merece) la propuesta de Allen (84 y ss.), tomada de la experiencia neozelandesa de las "*Family Group Conferences*" (76 y ss.).

La *Family Group Conference* es un procedimiento basado en la filosofía de la justicia conciliatoria-restitutiva, consistente en una reunión, en general previa a todo procedimiento judicial, en la que participan, bajo la mediación de un coordinador, el niño o adolescente infractor, su familia inmediata y en su caso su familia extensa, la víctima, y todos aquéllos que pueden tener legítimo interés, con el objeto de identificar una solución a la dificultad del niño o adolescente y una decisión relativa a su comportamiento criminal. En la propuesta de Allen (88) también pueden participar en esa reunión: la policía, y el trabajador social que ya trabaja con el caso en el nivel local. El niño o adolescente podría pedir la presencia de un defensor, y su familia podría pedir la presencia de otras personas significativas en la vida de aquél (otros parientes, sus amigos cercanos, el profesor, vecinos, etc.). En Nueva Zelanda, la conferencia puede funcionar de modo "informal" –solicitada por



la policía, si tiene intenciones de formular cargos— o formalmente —en casos más graves—, los antecedentes llegan a la Corte Juvenil y ésta la ordena si no se han negado los cargos, o si se han probado.

El objetivo es colocar en el centro de la decisión a la familia del autor y a la víctima. Las medidas deben ser acordadas por consenso (por lo menos, según parece, entre el adolescente, su familia y la víctima), y habitualmente comprenden una o más de las siguientes: disculpas formales ante la víctima, reparación, trabajo comunitario y compromiso de asistir a la escuela o de evitar delincuentes asociados. Allen propone añadir la participación del adolescente en programas para ayudar al niño o adolescente a controlar su ira o su adicción a drogas o alcohol, así como para mejorar sus habilidades cognitivas y sociales, y la participación de sus padres en programas de “entrenamiento para padres” y en otros tipo de programas.

El plan acordado por la *Family Group Conference*, según la propuesta de Allen (89-91), debiera ser aprobado por un tribunal colegiado no-jurisdiccional (el Tribunal para Niños, integrado por jueces legos, salvo en caso de delitos más graves, en que se integraría con un juez profesional), que en principio debiera aprobar el plan, salvo que las medidas sean muy desproporcionadas a la gravedad de los hechos. En tal caso, o si no se alcanzó acuerdo en la conferencia, dispone de las mismas medidas más otras algo más intensas, incluyendo en casos muy graves (y con ciertas limitaciones) el internamiento.

Pese a las objeciones que se pueden plan-

tear a este modelo decisional, Allen destaca, entre otros beneficios, algunos que son dignos de considerar:

1° Al involucrar un rango más amplio de personas (que otros modelos más convencionales), como los parientes, vecinos y otras personas significativas, las perspectivas de identificar medidas exitosas se incrementan en gran medida;

2° El desarrollo de estrategias de solución de problemas por parte de los propios adolescentes involucrados, sus familias y vecinos, en lugar de la imposición de medidas desde arriba, recurre al ethos participativo que está asociado a los cambios duraderos;

3° Al involucrar a todos aquéllos para quienes el adolescente es relevante (incluyendo vecinos, amigos y profesores), afloran alternativas de solución antes no desarrolladas, y;

4° En Nueva Zelandia, esta forma conciliatoria se ha traducido en una reducción del empleo del cuidado institucional y de la custodia (de seguridad), en el nivel alto de la escala delictual, si bien paralelo a un incremento de la intervención en el nivel bajo.

La *Family Group Conference* parece plantear, con todo ello, un potencial para absorber en una sola discusión, todos los intereses que realmente entran en juego en la toma de decisión respecto del adolescente: ayuda, control y supervisión, reparación y castigo. Pero, como todo modelo conciliatorio, tiene la ventaja de que la pretensión punitiva no se convierte en una necesidad abstracta, inalcanzable, sino en un argumento identificable en la víctima y, acaso también, en la policía y algún vecino, presentes



en la reunión, y con los cuales se puede discutir e intentar alcanzar un acuerdo. Con ello, la “necesidad social de pena” se desestataliza, se encarna en una sociedad localmente radicada (el policía, la víctima, los vecinos), con la cual se puede entrar a negociar, reduciendo su implacable sordera a consideraciones individualizadoras o reparatorias.

Una posible desventaja, sin embargo, es el matiz coactivo que adquiere la ayuda en ese contexto, si se acuerda por ejemplo “darle una oportunidad” al adolescente encomendando al órgano local de bienestar que le ayude a superar sus dificultades. Además, esta medida podría combinarse con otras medidas “responsabilizadoras” y de control. Todo ello hace más difícil la aspiración de los reformistas alemanes de que el encargado de la asistencia juvenil se “gane” la disposición del adolescente a colaborar con su proceso de ayuda, en base al atractivo de la oferta de asistencia). Sin embargo, esta dificultad podría relativizarse por el hecho de que el propio adolescente debe estar de acuerdo con el plan convenido por la *Family Group Conference*. Pero también es cierto, sin embargo, que a falta de acuerdo, entra a decidir un Tribunal de Infancia, que pueda adoptar medidas coactivas, incluyendo el confinamiento de seguridad. Es posible que, entonces, nos estemos alejando demasiado de los presupuestos de una ayuda voluntariamente solicitada o aceptada. Pero la cuestión es discutible.

### **6.5 Intervención simultánea y paralela de la justicia penal-juvenil y los servicios sociales de ayuda y promoción del desarrollo del adolescente.**

Una última alternativa para la relación entre justicia juvenil y oferta de ayuda es, en definitiva, el paralelismo: cada vía actúa por su carril, en base a sus propias hipótesis de intervención, sin comunicarse ni interferirse entre sí.

En realidad, a primera vista, la propuesta de Allen tiene algunos rasgos de paralelismo, si bien, como se verá, sólo en un aspecto de la ayuda: el más directamente relacionado con la pobreza, con el sistema de bienestar de la infancia. Si bien el autor admite que la mayor eficacia en la prevención de futuros delitos pasa por atender a las necesidades individuales del adolescente infractor, en el seno de la comunidad, fortaleciendo sus lazos familiares, escolares y laborales, y, de hecho, propone que en las *Family Group Conferences* se busque un plan que atienda simultáneamente a los intereses en la reparación a la víctima, a la responsabilización del infractor y a la satisfacción de sus necesidades individuales (Allen, 15-16), si se examinan las medidas que propone poner a disposición de las *Family Group Conferences*, se puede apreciar que en ellas no se contemplan las medidas de bienestar. De hecho explícitamente propone que, respecto de los niños y adolescentes con esos problemas, se requiera la intervención del departamento de servicios sociales (88).

Pero, como dije, visto con más detalle su modelo, se trata en realidad, no tanto de un paralelismo de las políticas de protección

especial para adolescentes en dificultades, sino más bien (lo que es razonable), un paralelismo de las políticas sociales asistenciales o compensatorias, que responden a su propia lógica, completamente con independencia de la cuestión criminal. Es una situación difícil de comprender exactamente en los países latinoamericanos, prácticamente desprovistos de cobertura en esa línea.

En cambio, el aspecto de la ayuda al adolescente en dificultades, se encuentra de todos modos presente (aunque con un menor desarrollo) entre las alternativas de la Family Group Conference, al menos en algunos aspectos de la medida de "participación en programas de tratamiento diseñados para ayudar a un niño a controlar su ira, controlar su abuso del alcohol o las drogas y/o mejorar sus habilidades cognitivas y sociales" (Allen, 89).

Ahora bien, volviendo a la cuestión del paralelismo total entre justicia y ayuda, se trata de una alternativa que presenta la obvia desventaja de que la intervención punitiva, no sólo interfiere con la promoción del desarrollo del adolescente y de la superación de sus dificultades, sino que constituye muchas veces parte de las dificultades que debe ayudarse al adolescente a superar: las consecuencias del daño producido por la intervención del sistema penal, particularmente cuando se ha adoptado durante el procedimiento una medida de internamiento. Albrecht sugiere (1990, 88), por ejemplo, que no sólo no es posible el desarrollo, ayuda y educación de los adolescentes en privación de libertad, sino que incluso, la verdadera preocupación entonces es

cómo ayudar a superar los daños provocados estatalmente por dicha medida. Así, pues, son patentes las ventajas de una retirada de la intervención punitiva, cuando la ayuda está desarrollándose en forma promisorio.

Sin embargo, con una dosis mínima de realismo, la verdad es que el paralelismo es inevitable, más aún, un deber de la administración encargada de la protección y promoción del desarrollo de los niños y adolescentes, cuando la justicia no renunció a la vía del procesamiento y la punición, precisamente, entre otros objetivos, con la finalidad de ayudar al adolescente a disminuir y superar los perjuicios de esa intervención.

## **Anexo**

### **Programas de ejecución de la medida conciliación-reparación para adolescentes infractores de ley penal, en España.**

#### **1. Resultados de las entrevistas a responsables y operadores de la Dirección de Prevención del Ayuntamiento de Barcelona.**

##### **1.1 Resumen de entrevista con Santiago Marcel, especialista en mediación de la Dirección de Prevención del Ayuntamiento de Barcelona.**

De la entrevista con **Santiago Marcel** se desprende que el trabajo con la mediación al nivel preventivo tiene una concepción más amplia que la mediación como resolución de conflictos: se propone establecer puentes de comunicación entre personas, ya sea para resolver conflictos, ya para explicitar la existencia de ellos, y comenzar a hablar de conflictos. En ese sentido, el mediador puede ser, en cierta etapa, un “perturbador”. Trabajan con la perspectiva teórica de Jean Francois Six.

En relación con la mediación penal, destaca primero la experiencia francesa, en la que los mediadores pertenecen a una asociación de ayuda a víctimas de delito, y el control del cumplimiento de los acuerdos reparatorios también se entrega a asociaciones civiles. Aproximadamente un 80 % de los casos propuestos por el fiscal para reparación llegan a un acuerdo. Los casos más graves que llegan a mediación son hasta de robos con intimidación.

En relación con la mediación penal en España, destaca la pobreza conceptual y de gestión de la mediación penal en el ámbito del Derecho Penal de adultos: simplemente se ve como un recurso más del que dispone el juez, vinculado a los trabajos comunitarios, pero no interesa realmente la víctima.

Para el caso de los adolescentes (12 a 16 años), hay un enfoque predominantemente educativo. La finalidad no es retribuir el mal causado, sino aprovechar la oportunidad dada por el delito, para que el adolescente haga su proceso de aprendizaje. No descarta que se esté asistiendo a una expansión de las redes del control social, pues muchos de los casos resueltos tienen que ver con “chicos majisimos”, por delitos o faltas que normalmente irían a archivo del expediente (por ejemplo, casos de daños a los bienes públicos) Pero ahora, a través de la mediación, el juez dispone de respuestas (él escuchó de un juez valorar que esta medida evita que ese tipo de “acciones incívicas” queden sin respuesta). Son casos que, él admite, podrían resolverse por la vía sancionatorio-administrativa, a través del Ayuntamiento.

Sin embargo, como se verá, también se trabaja con casos más graves.

##### **1.2 Resumen de entrevista con Charo Soler, mediadora en conflictos penal-juveniles, del Departamento de Justicia del gobierno autonómico (Generalitat de Catalunya)**

**Charo Soler** explicó brevemente la historia de la medida en Barcelona y Cataluña, que la contempla en una ley autonómica de 1992, tras

dos años de aplicación de un proyecto-piloto. A continuación se refirió a la forma como se derivan los casos, y al procedimiento de la conciliación propiamente tal.

En Cataluña, el fiscal que decide iniciar un procedimiento de persecución de la responsabilidad de un adolescente por una infracción penal, normalmente oficia a la Dirección General de Medidas penales alternativas y Justicia Juvenil (del Departamento de Justicia de la Generalitat de Barcelona)—de la que ella y los demás mediadores son funcionarios—, existiendo tres diferentes tipos de oficio: en el primero (desde 1996) pide que se evalúe la posibilidad de una mediación; en el segundo, solicita informe sico-socio-educativo y proposición de medida, con posibilidad de hacer conciliación, y; en el tercero, solicita ese informe, pero vedando expresamente la posibilidad de aplicar la mediación. En la Dirección existen dos equipos distintos: uno para evaluar la posibilidad de una mediación, y para practicarla materialmente, y; otro, para los informes sico-socio-educativos y la proposición de otras medidas. Desde 1996 existe un acuerdo con los fiscales, que va un poco más allá de los márgenes de la ley nacional (4/92, sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores), y que permite que frente al primer tipo de oficio no se haga un informe sico-socio-educativo (superfluo e innecesariamente intrusivo en la vida de los adolescentes), es decir, que no se pase por el segundo equipo, sino que lisa y llanamente se valore, por el primer equipo, la posibilidad de una mediación; y sólo en caso de una evaluación negativa, el segundo equipo

procede a realizar el informe y a proponer otra medida. Eso ha acortado además los plazos notablemente.

En seguida explica cómo hace su trabajo. En una entrevista breve y dinámica (de 15 minutos, o un máximo de 30) explica al adolescente y a sus padres el contexto, las alternativas legales del caso (conciliación o juicio), el sentido de la mediación, etc., y evalúa con ellos si se dan las tres condiciones para hacer una mediación: reconocimiento por el adolescente de que ha tenido alguna participación; la capacidad (aunque no emplea esta expresión con ellos) del adolescente para ponerse en el lugar de la víctima, y; voluntariedad del adolescente en la práctica de la mediación. Parte de la entrevista, en caso necesario, se puede practicar con el adolescente solo, y, en su caso, con sus padres.

Si ve que no se dan las condiciones, evita cansar mucho al adolescente y lo pasa inmediatamente—de ser posible—al equipo de asesoramiento, para que hagan el informe sico-socio-educativo.

Si en cambio, se dan las condiciones, inicia de inmediato una entrevista con el adolescente. En ella trabaja especialmente sobre la actitud del adolescente hacia el delito cometido, sobre la comprensión del daño provocado a la víctima, intentando además que el adolescente se implique en la búsqueda de una solución (reparación), para lo cual a veces los adolescentes resultan ser muy imaginativos. Después se evalúa si es posible o no hacer esa reparación, explicándole al adolescente el contexto judicial. En seguida se informa a sus

padres sobre los resultados de esa entrevista. Y finalmente, se informa también al fiscal, quien decide si autoriza la continuación de la mediación.

En caso de informe favorable del fiscal, ella (el mediador, en general) contacta a las víctimas, primero por carta, y luego telefónicamente, explicándoles la medida, las posibilidades que les ofrece, etc., invitándolas a una entrevista a solas con ella. En esa entrevista se les explica más, se contienen sus emociones, y se les ofrece la posibilidad de participar en la mediación. Pero junto con ello, también se evalúa si la víctima es idónea, excluyendo a las que tienen ánimo de venganza, que normalmente no les ayuda a ellas ni a los adolescentes.

Para trabajar el consentimiento de las partes se puede hacer más de una reunión con cada uno. Posteriormente se contempla una reunión entre ambos, con el mediador, para escucharse y afinar el acuerdo. Pero si la víctima no quiere la reunión, parece que de todos modos puede acordarse una acción reparatoria por parte del adolescente. Fuera de ello, también hay reparación sin víctima, pero entonces no se trata de una mediación, sino simplemente de una medida de reparación.

### **Sobre las soluciones a que se llega:**

A veces, consiste simplemente en el diálogo, el arreglo pacificador, acercamiento de posturas. La reparación es simbólica: consiste en que el adolescente está haciendo algo con su actitud. Y la víctima, por su parte, está superando su miedo.

Otras veces, el adolescente ofrece y/o la

víctima pide una reparación, que puede ser económica; o se acuerda un servicio en beneficio de la comunidad, o un servicio para la propia víctima (así, en el caso de las grandes tiendas), controlado por un monitor externo, puesto por el Departamento de Justicia, o; finalmente, una donación en dinero en favor de una ONG sin fines de lucro.

A continuación, se firma un acuerdo de conformidad, si bien cuando el conflicto es entre adolescentes, ellos suelen prescindir de esta formalidad.

Finalmente, de los resultados de la mediación se comunica al fiscal, pero no se pide su aprobación. Con su primera autorización, ya se entiende que se aprueba todo el proceso. Esto es una innovación, pues antes se necesitaba la aprobación del juez, respecto del acuerdo reparatorio alcanzado, cosa que rigidizaba la mediación.

Sobre la finalidad educativa: plantea que hay una mezcla entre educación y atención a la víctima. Pero ella evita plantear la mediación simplemente porque sea educativa para el adolescente, pues en su posición neutral debe atender también a los intereses de la víctima; no se puede usar a la víctima en beneficio de la educación del adolescente. Por lo demás, considera que lo más educativo para el adolescente a fin de cuentas es que la víctima quede contenta y se sienta reparada. Los beneficios de la reparación son consecuencia del resultado.

### **1.3 Impacto.**

Los clientes de la mediación son en general adolescentes de clase media o media-baja, que

tienen un cierto nivel intelectual y de socialización escolar, como para poder hacer el proceso empático frente al daño provocado a la víctima.

Los delitos suelen ser menores: daños, hurtos de supermercado, daños a la propiedad pública, lesiones leves. Pero también llegan casos más graves, como lesiones de mayor gravedad; así como delitos que formalmente consisten en robos con violencia o intimidación, pero que en realidad tienen un significado menos grave en el contexto de relaciones más o menos violentas entre adolescentes, entre quienes el despliegue de valentía, osadía o "choreza" es parte de la vida cotidiana durante cierta etapa: se trata de delitos con víctimas adolescentes. Muchas de las mediaciones se hacen entre adolescentes.

Desde el punto de vista preventivo, Charo Soler no tiene claro que sea necesaria la mediación en estos casos. Santiago Marcel cree que sería suficiente una sanción administrativa. En cualquier caso, Charo Soler aclara que, si bien no es claro que la mediación sea necesaria para que el adolescente no reincida (pues en muchos casos de todos modos no reincidiría, aún sin necesidad de la mediación), la mediación no empeora la situación; y acaso genera un espacio que permite al adolescente desarrollar una reflexión. Ambos creen, en todo caso, que el contexto judicial-penal de la mediación puede ser negativo respecto de algunos adolescentes, para quienes el paso por la fiscalía es "una tremenda medalla" (una condecoración como "choro" entre sus amigos). En cambio, una mediación extra-judicial, sin pasada por la fiscalía (y acaso, sin el techo del "Departamento

de Justicia"), probablemente tendría más beneficios.

Ambos coinciden en que en muchos de los casos resueltos por mediación, hace unos años no había respuesta alguna. Pero Charo señala que, fuera de la posibilidad de una reflexión y una experiencia enriquecedora para algunos adolescentes, la mediación ofrece importantes prestaciones importantes para las víctimas. Más aún, si no es clara la necesidad preventiva de la mediación para los adolescentes (la mayoría de ellos igual no reincidiría), para varias de las víctimas puede ser preventivo, especialmente tratándose de otros adolescentes, que se evita entren en el espiral de la violencia.

## **2. Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Comunidad Autónoma de Madrid.**

### **2.1 Resumen de entrevistas con Rosa Berian, responsable del área de menores en conflicto con la justicia, y Carmen Crespo, mediadora, funcionaria de esa misma unidad.**

El procedimiento, los criterios y clientes de la mediación son muy similares a los de Cataluña. Es más, según Carmen Crespo, ellos han trabajado con la gente de Cataluña (de hecho conoce bien a Charo Soler, la entrevistada de Cataluña), e incluso parece que en una fase inicial se inspiraron en la experiencia catalana. Sobre el procedimiento, podría agregarse que, cuando la víctima es otro adolescente, trabajan también con sus padres

en una primera reunión (pero luego se reúnen sólo con la víctima).

Por ello, interesa destacar algunas diferencias administrativas y de contexto del trabajo que se hace en Madrid, en comparación con la experiencia catalana.

La gran diferencia consiste en que la mediación no se practica en un Departamento de Justicia, como se hace en Barcelona (muy vinculados a la fiscalía), sino en el Instituto Madrileño del Menor y la Familia, en el, que junto a la unidad encargada de menores en conflicto con la justicia, existe una unidad preocupada de la tutela de los niños y adolescentes con necesidades de protección, con la que tienen un trabajo de estrecha coordinación.

Así, la solicitud de la fiscalía de un informe social, normalmente se envía al Instituto, pese a que subsisten todavía unos equipos técnicos pagados por el Departamento de Justicia que sirven directamente a los fiscales (como los de Cataluña). Los equipos del Instituto tienen una batería de alternativas más amplia, pues al evaluar el caso, pueden proponer al fiscal, por ejemplo, que se aplique el principio de oportunidad sin medida, informándole que en todo caso el Instituto iniciará una acción tutelar con los servicios sociales locales, cuando es preferible hacer un trabajo normalizador, con la escuela, en programas especiales para adolescentes, y/u ofreciendo ayudas económicas a la familia. En este caso se ha “pactado” con el adolescente (el equipo técnico del Instituto, no el fiscal) que él asista a los servicios sociales.

También se puede proponer al fiscal, por cierto, hacer reparación —con delegados del Instituto—, pero incluso en este caso, el acuerdo puede incluir la asistencia a los servicios sociales o la aplicación de otra medida ambulatoria. La internación se aplica poco; casi todos los casos son de adolescentes ilegales (marroquíes), que tienen un perfil delictual más serio o vinculados en criminalidad organizada (drogas).

En un 75 % de los casos aproximadamente, el fiscal acepta la propuesta de los equipos técnicos.

En relación con el impacto, dado el perfil de la clientela, se reconoce que en muchos de estos casos el adolescente, sin necesidad de la mediación comprende que ha cometido un delito, dañando a otra persona, y experimenta algún tipo de temor o remordimiento. Pero muchas veces en el grupo, con otros jóvenes, estos sentimientos se evaden: entonces sólo la denuncia y la intervención del programa de mediación permite reafectar el sentimiento de empatía con la víctima, la desvalorización del daño y la revalorización de fórmulas no violentas de obtención de fines y de solución de conflictos.

Sobre la carga subjetiva del adolescente: los mediadores no son neutrales a los motivos, sino que exigen empatía, o disposición a empatizar, a reentender la propia acción, y propósito subjetivo de repararla. Los adolescentes que adopten una actitud instrumental —reparar simplemente para librarse de una medida más severa— son descartados de la medida. Por lo demás, el temor a una medida más grave es



relativo, pues los clientes de la mediación, saben que las alternativas no son demasiado graves: normalmente, amonestación, o prestación de servicios a la comunidad (teóricamente, también, vigilada por un breve tiempo).

El grado de satisfacción de los participantes es bastante alto, especialmente (según Carmen Crespo) en el caso del infractor.

## Bibliografía

- ALBRECHT, PETER ALEXIS. *El Derecho penal de menores*, traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez, Barcelona, 1990.
- ALBRECHT, PETER ALEXIS. *Respecto del futuro del Derecho penal de menores, peligros y chance*, traducción de Bustos Ramírez, en Bustos Ramírez (director) *Un Derecho penal del menor*, Santiago de Chile, 1992.
- ALLEN, ROB. *Children and Crime. Taking Responsibility*, Londres, 1997.
- CANTARERO, ROCÍO. *Los menores y el Derecho penal*, en Revista *Derecho privado y Constitución*, España, N° 7, 1995.
- CHILERO, MIGUEL. *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*, en Pilotti, Francisco (Coordinador), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.
- CHILERO, MIGUEL y EGENAU, PAULO. *Administración de Justicia Juvenil y Daño Psicosocial*, en II Seminario Latinoamericano *Los Derechos del Niño en una Sociedad Democrática*, SENAME, Santiago de Chile, 1992.
- COUSO, JAIME. *Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal juvenil y la vía de protección de derechos*, en Autores Varios, *De la tutela a la justicia*, Santiago de Chile, 1998.
- COUSO, JAIME. *Notas acerca del debate político-criminal sobre las finalidades de las medidas en la justicia (penal) de adolescentes en Alemania, España, Estados Unidos, Inglaterra y Chile*, en Couso, Jaime/Farías, Ana María y colaboradoras, *Derecho Penal de Adolescentes, educación, ayuda o sanción?*, Coediciones UNICEF – Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 1999.
- DVJJ KOMMISSION. *Für ein neues Jugendgerichtsgesetz: Vorschläge der DVJJ Kommission zur Reform des Jugendkriminalrechts*, en DVJJ, 1992.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social*, en el mismo, *Derecho de la infancia-adolescencia*

en *América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia, 1994.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. *Prólogo* a Autores Varios, *De la tutela a la justicia*, Santiago de Chile, 1998.

GARDNER, MARTIN R. *Understanding Juvenile Law*, Nueva York-San Francisco, 1997.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER. *La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita*, en Bustos Ramírez (director) *Un Derecho penal del menor*, Santiago de Chile, 1992.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER. *La mayoría de edad penal en la reforma*, en *Política criminal y reforma penal. Libro-homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993.

GOMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS. *Pedagogía de la Presencia*, traducción de Mary Beloff y Mariana Jodara, Buenos Aires, 1995.

GUARINO-GHEZZI, SUSAN y LOUGHRAN, EDWARD J. *Balancing Juvenile Justice*, Nueva Jersey, 1996.

JUNGER-TAS, J. *La prevención de la delincuencia juvenil: Teoría y práctica en Holanda*, en Garrido Genovés, Vicente/Montoro González, Luis (Directores), *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas de éxito*, Valencia (España), 1992.

KRISBERG, BARRY y AUSTIN, JAMES F. *Reinventing Juvenile Justice*, Newbury Park-Londres-Nueva Delhi, 1993.